Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VIII.

Beweislaſt in Betreff der Lex Anastasiana.

Von

Herrn Profeſſor Burchardi in Kiel.

Nur wenige haben bis jetzt die Anwendung der Lex Anastasiana von der Vorſchützung einer eigentlichen exceptio legis Anastasianae abhängig gemacht, d. h. den debitor cessus für ſchuldig erklärt, den ganzen Betrag der cedirten Forderung zu bezahlen, wenn er nicht beſtimmt behaupte und dann auch beweiſe, daß der Ceſſionar die Forderung für weniger erkauft habe, als er einklage [1]). Die gemeine Meinung geht bekanntlich vielmehr dahin, daß der Schuldner, weit entfernt eine ſolche Einrede vorbringen und darthun zu müſſen, im Gegentheil ohne alle beſonderen Verdachtsgründe für einen Ankauf der Forderung unter dem Werthe, ſtets den Beweis vom Ceſſionar verlangen könne, wie entweder die Ceſſion nicht in Folge eines Kaufs, ſondern aus andern Urſachen geſchehen, oder die ganze eingeklagte Summe dafür bezahlt ſey; weshalb denn auch der Ceſſionar gar nicht die Angabe des Ceſſionsgrundes verweigern dürfe [2]). Eine ver-

1) Die bekannteſten Vertheidiger dieſer Anſicht ſind Chriſtoph Lentz de action. et nomin. cessis, Lips. 1661. 4 membr. V. und Weber Ueber Beweisführung im Civilproceß VI. Nro. 29. S. 377.

2) Lauterbach Coll. theor. pract. XVIII, 4, §. 72; J. F. Spangenberg Num legis Anastas. exceptio, vera sit exceptio. Jenae 1705. 4; *Fratrum Beckmannorum* Consilia. Goett. 1784. 4 P. I Resp. 9, qu. 4, pag. 185. J. A. Bach de lege Anastasiana §. 5. (Opusc. p. 363); Strubens Rechtl. Bed.

mittelnde Anſicht von Mühlenbruch [3]), welche im Ganzen freilich der gemeinen Meinung beipflichtend, doch dem Ceſſionar nur den Beweis auferlegt, für die Ceſſion ſo viel verſprochen zu haben, als er einklagt, aber dem Schuldner zu beweiſen überläßt, daß wirklich nicht ſo viel gezahlt ſey, ſcheint keinen rechten Eingang finden zu wollen. Wie es in der Praxis gehalten werde, weiß ich nicht, und iſt es überhaupt mit der Berufung auf eine gemeinrechtliche Praxis eine ſehr mißliche Sache, weil man in der Regel höchſtens von der Obſervanz einiger wenigen Gerichte ganz ſichere Kunde haben kann; aber das weiß ich, daß die Praxis oft früher die Fehler einer Theorie erkannt hat, als gelehrte Forſchung, daß daher manches in den Lehrbüchern als allgemein geltend und befolgt dargeſtellt wird, was man wenigſtens an vielen Orten, durch Erfahrung geleitet, niemals angenommen oder längſt wieder verworfen hat [4]), und daß

Nro. 351 (ältere Ausg. IV, 190); v. Bülows u. Hagemanns Pract. Erört. B. 4, Nro. 40, S. 223; Glücks Syſtem. Erläut. d. Pand. B. 16, §. 1024. S. 471 f.; v. Bannwarth Ueber Beweisführung und Beweislaſt bei der Anaſtaſiſchen Verordnung. Würzb. 1821. 8. — Hoffacker Princ. jur. T. III. §. 1955. Thibaut, Pandectenſyſtem, §. 80; Schweppes Römiſches Privatr., §. 402; Seuffert, Pandecten, §. 303; Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilrechts, §. 260 (4te Ausg.); Menv-Valet Pandecten, §. 472; Mackeldey Lehrb., §. 338.

3) Die Lehre von der Ceſſion, S. 448 f. (2te Ausg.)

4) Ein Beiſpiel dürfte die ſo viel ventilirte Regel: dies interpellat pro homine bieten. Wenn ich nicht ſehr irre, iſt man in den Streitſchriften über dieſe Regel ziemlich allgemein darüber einverſtanden, daß wenn ſie auch nicht im römiſchen Recht gegründet ſeyn ſollte, die Praxis doch dieſelbe überall befolge. So viel ich jedoch habe in Erfahrung bringen können, iſt dieß, wenigſtens in der wichtigſten Beziehung, nämlich in Rückſicht der Verzugszinſen, nicht allgemein der Fall, indem Verzugszinſen, auch wenn ein dies solutionis verabredet war, an vielen Orten nicht von dieſem an, ſondern erſt von der Anſtellung der Klage an, zuerkannt zu werden pflegen.

endlich ſchon mehr als ein practiſcher Juriſt auf die Unbilligkeit, Unzweckmäßigkeit, ja Unausführbarkeit der gemeinen Meinung über die Beweislaſt in Rückſicht der Lex Anastasiana aufmerkſam geworden iſt.

Es wird nach dem hier Bemerkten kaum noch nöthig ſeyn, erſt ausdrücklich zu erklären, daß ich mich denen beigeſelle, welche die Vorſchützung einer eigentlichen exceptio legis Anastasianae verlangen, und dieß zu rechtfertigen iſt der Zweck der folgenden Erörterung. Eine Entſchuldigung bedarf dieſer Verſuch bei der Wichtigkeit der Frage, worauf es ankömmt, wohl nicht, ſo ferne es mir zu zeigen gelingt, daß die Gründe für die von mir vertheidigte Anſicht bisher noch keineswegs vollſtändig und in ihrem ganzen Gewichte geltend gemacht worden ſind. Dieß aber hoffe ich zeigen zu können, nur muß ich mir dabei erlauben, ſämmtliche Gründe zuſammen zu faſſen, ſie mögen ſchon von andern gebraucht ſeyn oder nicht, und erſt zuletzt auf die Gegengründe einzugehen. Zuvor möchte es jedoch nicht überflüſſig ſeyn, eine Bemerkung über die richtige Stellung unſerer Streitfrage voranzuſchicken.

Spangenberg und mehrere andere haben die Frage ſo gefaßt: was iſt die Berufung auf die *Lex Anastasiana*, eine wahre *exceptio* oder nicht? Dieß iſt aber von vorn herein ein Mißgriff. Die Frage muß lauten: was muß jene Berufung ſeyn? welchen Character muß ſie haben? Genügt das bloße Leugnen oder Bezweifeln des Ankaufs der Forderung zum vollen Werth, oder muß der Schuldner mit beſtimmten Behauptungen hervortreten, wenn ſeine Bezugnahme auf die Lex Anastasiana berückſichtigt werden ſoll? So wie jene die Frage ſtellen, führt ſie zu leeren Logomachien. Man kann allerdings auch von dem Schuldner, welcher blos frägt, ob nicht etwa die Lex Anastasiana Anwendung finde, und darüber Auskunft vom Ceſſionar haben möchte, ſagen: er berufe ſich auf die lex Anastasiana; ſo gut als von dem, welcher geradezu die Anwend-

barkeit dieſer Verordnung im gegebenen Fall behauptet. Nur kann ein ſolches Spiel mit dem Ausdruck: ſich auf ein Geſetz berufen, natürlich nichts entſcheiden. Niemand wird auf den Gedanken kommen, daß ein auf Tradition belangter Verkäufer, der den Handel wegen laesio ultra dimidium umſtoßen zu können wünſcht, dem Kläger die Beweislaſt in dieſer Hinſicht dadurch zuſchieben könne, daß er anſtatt ſelbſt die laesio enormis zu behaupten, blos die Frage aufwürfe, ob er nicht vielleicht über die Hälfte lädirt ſey; und doch beruft er ſich eben ſowohl auf die Lex Diocletiana de laesione enormi, als der, welcher eine wahre Einrede auf dieſe Diocletianiſche Beſtimmung gründet. Hätten die Geſetze eine beſtimmte Form der Berufung auf die Lex Anastasiana vorgeſchrieben, die aber ſo zweideutig wäre, daß den Worten nach ungewiß bliebe, ob eine wahre exceptio, oder eine exceptio im Sinne der exceptio non numeratae pecuniae gemeint ſey, dann wäre die Frage: was iſt die Berufung auf die *Lex Anastasiana*? hier am rechten Orte. Allein da die Quellen ſich gar nicht über das Benehmen des debitor cessus in Betreff der Lex Anastasiana äußern, ſo können die Grundſätze über das Verhalten des Schuldners nur aus der allgemeinen Theorie der Beweislaſt und dem Weſen der Lex Anastasiana geſchöpft werden, und da kommen wir dann zu der Frage, wie muß der debitor cessus auftreten, um die Lex Anastasiana zur Anwendung zu bringen? wobei nun folgende Gründe, von welchen die ſchwächſten den Reigen eröffnen mögen, uns nöthigen, beſtimmte Behauptungen und deren Beweis von ihm zu verlangen.

I. Es iſt im höchſten Grade unbillig, dem Ceſſionar außer dem Beweiſe der Forderung an ſich und der Ceſſion derſelben, auch den des Ankaufs zum vollen Werthe aufzubürden; denn

1) der Ceſſionar kann durch dieſe Beweislaſt ſehr leicht in Schaden gerathen, wenn er die volle Valuta für die Forderung bezahlt hat, weil der von ihm geforderte Beweis, wie

wir gleich ſehen werden, wirklich in die Zahl der probationes diabolicae gehört. Muß dagegen der Schuldner die Anwendbarkeit der Lex Anastasiana darthun, dann erleidet er durch das Verfehlen dieſes Beweiſes noch immer keinen unbilligen Nachtheil, indem er ja doch ſchuldig iſt, was er nun bezahlen muß, alſo nur eines ſehr zweideutigen Gewinns entbehrt. Es greift hier die Regel Platz: „In re obscura melius est favere receptioni quam adventitio lucro“ [5]), nach welcher man im Zweifel auch dem, der nur möglicherweiſe auf einen Vortheil ausgeht, vielleicht aber auch nur wieder haben will, was er ehrlich bezahlt hat, den Vorzug vor demjenigen einräumen muß, der auf jeden Fall nur de lucro captando certiren kann.

2) Daß der, der Ceſſion zum Grunde liegende Handel auf die und die Bedingungen abgeſchloſſen ſey, und nicht etwa ſo, wie der Ceſſionar angeben mag, oder daß ſpäterhin ein Theil des Kaufgeldes erlaſſen worden, dieß ſind Thatſachen, die an ſich eines vollkommenen juriſtiſchen Beweiſes von Seiten des debitor cessus fähig ſind. Auch laſſen ſich verſchiedene Wege denken, wie der Schuldner genügende Beweismittel für dieſe Facta erlangen kann. Ihm ſteht ja als Beklagter der Anſpruch auf Urkundenedition zu, wodurch es ihm möglich wird, über die Ceſſion vorhandene Documente, z. B. den zwiſchen dem Cedenten und dem Ceſſionar abgeſchloſſenen Contract, Quittungen des Cedenten über ſeine Befriedigung u. dgl. m. zu erhalten. Es können Zeugen vorhanden ſeyn, die entweder beim Ankauf der Forderung gegenwärtig geweſen ſind, oder denen der Ceſſionar geſtanden, wie viel er für die Ceſſion bezahlt hat. Es kann auch der Cedent abgehört werden, der zu Gunſten des Schuldners ein vollgültiger Zeuge iſt, und fehlt es endlich an andern Beweismitteln, ſo kann der Debitor dem Ceſſionar den Eid zuſchieben. In welcher ganz anderen und viel ſchlimmeren Lage

5) l. 41 §. 1 D. de Reg. jur. (50, 17)

befindet ſich dagegen der Ceſſionar, ſobald die in der Ceſſionsurkunde enthaltene Erklärung des Cedenten, ſeine Forderung ganz cedirt zu haben, nicht genügend iſt, ſondern der Ceſſionar außerdem noch beweiſen muß, daß entweder die Ceſſion nicht erkauft, oder daß der volle Werth dafür entrichtet ſey. Struben meint zwar, daß es dem Ceſſionar viel leichter werden müſſe, dieſen Beweis zu führen, als dem Debitor, das Gegentheil darzuthun; indeſſen iſt mir dieß Urtheil bei einem ſo gründlichen und erfahrenen Geſchäftsmann, wie Struben, vollkommen unbegreiflich. Gilt ein Mal die in der Ceſſionsurkunde enthaltene Erklärung des Cedenten hier nichts, ſo kann auch deſſen anderweitiges Zeugniß für den Ceſſionar von gar keinem Gewicht ſeyn, wie auch die Gegner zum Theil richtig bemerken [6]). Es kann folglich dem Ceſſionar nichts helfen, daß er den mit dem Cedenten geſchloſſenen Contract, oder Quittungen des Cedenten beibringt. Dieſe Documente ſind, als von einer der Colluſion verdächtigen Perſon herrührend, eben ſo verdächtig und unbeweiſend für den Ankauf zum vollen Werth der Forderung, als das Ceſſionsinſtrument ſelbſt. Sogar Zeugen, die bei dem Handel gegenwärtig geweſen ſind, können eigentlich nicht befriedigen. Denn wer weiß ob nicht zum Schein vor ihnen die volle Valuta verſprochen worden iſt. Nimmt man an, daß der Cedent ſich wohl dazu verſtanden haben könne, das Ceſſionsinſtrument über mehr auszuſtellen, als den Geſetzen zufolge wirklich cedirt ſey, dann muß man conſequent auch beſorgen, daß er ſich wohl zu einem Scheinverkauf vor Zeugen bequemt haben könne, um dem Ceſſionar ein Beweismittel in die Hand zu ſpielen. Dem Ceſſionar bleibt alſo nichts übrig, als zur Eidesdelation ſeine Zuflucht zu nehmen, und daraus können wieder neue Schwierigkeiten entſtehen, wie gleich erhellen wird.

II. Es iſt nämlich der Folgen wegen in der

6) *Fratrum Beckmannorum* Conſilia l. c. Lauterbach l. c. Bach l. c.

Regel ganz unausführbar, dem Cessionar die erwähnte Beweislast aufzulegen.

Das Versitzen oder Verfehlen des Beweises von Seiten des Schuldners, wenn ihm obliegt, eine ordentliche exceptio legis Anastasianae vorzuschützen, führt immer zu einem bestimmten Resultat; es muß alsdann die ganze Forderung bezahlt werden. Wie aber, wenn der Cessionar den Ankauf der Forderung zum vollen Werth zu beweisen hat, und diesen Beweis nicht herstellt, oder nach geschehener Eidesdelation den ihm referirten Eid nicht schwört? Hinfällig kann die Cession selbst dadurch nicht werden; denn diese muß ja an sich schon erwiesen oder eingeräumt seyn, wenn überall von der Lex Anastasiana die Rede seyn soll. Eben so wenig kann eine Abweisung angebrachter Maßen, welche dem Cessionar das Recht ließe, von neuem zu klagen, eintreten, da diese Art der Abweisung nur bei unrichtig gewählter Klage oder Proceßart, oder zu frühe erhobenem Anspruche Statt findet, aber niemals bei verfehltem oder versessenem Beweise, wo der Gegner befugt ist, eine definitive Verwerfung des nicht bewiesenen Rechts zu begehren. Die Frage kann mithin nur die seyn, ob man die cedirte Forderung als ganz oder zum Theil erloschen betrachten will. Hätte nun allenfalls der Beklagte bestimmt behauptet, der Cessionar habe nur so und so viel für die Forderung gegeben, dann ließe sich diese Summe als der übrig bleibende Theil der Schuld behandeln, wiewohl dieß ein sehr willkührlicher Nothbehelf wäre. Gewöhnlich aber werden die Debitoren, indem sie Beweis des Ankaufs der Forderung zur vollen Valuta verlangen, nicht zu wissen erklären, ob weniger und wie viel weniger bezahlt sey, was ja auch nach der gemeinen Meinung sehr gut angeht. Hier müßte man folglich von einem Extrem zum andern überspringen. Da der Cessionar nicht seine Behauptung des Ankaufs zum vollen Werth der Forderung erwiesen, müßte angenommen werden, er habe gar nichts für die Forderung bezahlt, deren Cession sey also ein Geschenk, und das Vorgeben eines

Kaufs nur eine thörigte Simulation. Dadurch geriethe man jedoch in eine neue Verlegenheit, weil bei ganz umſonſt cedirten Forderungen die Lex Anastasiana gar nicht Statt findet [7]). Man beachte wohl, daß die Conſtitutionen über die Lex Anastasiana nicht ſagen: wer nicht beweist, die ihm cedirte Forderung mit ihrem vollen Werthe bezahlt zu haben, ſoll gar nichts erhalten, ſondern nur: wer nicht den vollen Werth für eine angekaufte Forderung gegeben, ſoll nicht mehr erhalten, als ſein Kaufpreis beträgt [8]). Blos weil jener Beweis nicht geführt worden, dem Ceſſionar ſeine ganze Forderung abſprechen, das hieße daher, willkührlich eine neue Strafe der Verfehlung oder Verſitzung eines Beweiſes einführen, zu welcher die Geſetze dem Richter kein Recht verleihen, und daraus ergiebt ſich denn unleugbar, daß man zu dem Reſultat, wegen Nichtführung jenes Beweiſes, dem Ceſſionar alle Anſprüche an den Schuldner zu entziehen, einzig und allein durch die Annahme gelangen könne: es habe der Ceſſionar ſo viel weniger für die Ceſſion bezahlt, als der ganze Betrag der Forderung ausmache; oder mit andern Worten: es ſey die Ceſſion umſonſt geſchehen, wodurch aber wiederum die Anwendung der Lex Anastasiana ausgeſchloſſen würde. Ich meines Theils ſehe nicht ein, wie aus dieſem Cirkel herauszukommen ſey; denn nur die Alternative iſt hier denkbar: entweder man nimmt dem Ceſſionar zur Strafe ſeine Forderung, weil er den ihm obliegenden Beweis nicht geführt hat, wozu man nicht befugt iſt, oder man nimmt ihm dieſelbe vermöge der Annahme, daß er nichts für die Ceſſion gegeben habe, was man ebenfalls nicht darf, weil die Aufſtellung einer ſolchen Präſumtion das Fundament der Lex Anastasiana aufhöbe.

Eine ähnliche Schwierigkeit entſtünde, wenn der Ceſſionar

7) l. 23 C. mandati (4, 35.)
8) l. 22. l. 23 C. eod.

dem Schuldner den Eid zuſchöbe, und dieſer erklärte, zwar beſchwören zu wollen, daß ſein Gegner die Forderung nicht zum vollen Werthe gekauft habe, aber nicht zu wiſſen, wie viel denn wirklich dafür bezahlt ſey. Sollte man den Schuldner in dieſem Fall nöthigen, den Eid zurückzuſchieben, oder die Forderung ganz als gültig cedirt anzuerkennen, oder willkührlich irgend ein beliebiges Quantum als den wahren Betrag der Kaufſumme aufzuſtellen und dieſes dann zu beſchwören? Es möchte nicht leicht werden, auszumitteln, was hier das Richtige ſey, vielmehr dürfte ſich für den einen Ausweg eben ſo viel ſagen laſſen, als für den andern, während es doch unmöglich dem Richter überlaſſen bleiben kann, es hier zu halten, wie es ihm gerade gefällt.

Hieraus möchte zur Genüge erhellen, wie es keineswegs eine übertriebene Behauptung ſey, daß die Befolgung der gemeinen Meinung regelmäßig unausführbar ſey, weil ſie, ſobald der Schuldner keine beſtimmten Behauptungen über die Kaufſumme aufgeſtellt hat, wie der Natur der Sache nach gewöhnlich der Fall ſeyn wird, den Richter immer der Gefahr ausſetzt, in ein Dilemma hineinzugerathen, aus welchem er ſich ohne den Knoten zu zerhauen, nicht herauswickeln kann. Ich muß jedoch noch weiter gehen:

III. Es iſt auch ein gegen die Grundregeln der Beweislaſt direct verſtoßendes, unjuriſtiſches Verfahren, den *debitor cessus* von der Vorſchützung einer *exceptio legis Anastasianae* zu entbinden.

1) Anaſtaſius ſieht offenbar den Ankauf von Forderungen unter dem Werthe als eine ſchlechte, durch ſchmutzige Gewinnſucht eingegebene Handlung an, eine Anſicht, aus der ſeine ſonſt kaum recht begreifliche Verordnung hervorgegangen iſt [9]). Es wäre aber doch unerhört, wenn bei Ceſſionarien die Vermuthung für den Dolus ſtreiten, und ihr Erwerb der Forderung ſo lange für eine Betrügerei gelten ſollte, bis ſie

9) l. 22, C. cod.

erwieſen hätten, daß ſie wirklich ehrlich zu Werke gegangen wären.

2) Die Lex Anastasiana iſt ein beneficium juris für den Schuldner. Zwar haben einige ältere Juriſten gemeint, daß der vom Ceſſionar nicht bezahlte Theil der Forderung dem Cedenten verbleibe, oder dem Fiscus zufalle; allein ſollte dieß auch die Meinung von Anaſtaſius geweſen ſeyn, was indeſſen nicht glaublich iſt, ſo wäre es doch durch Juſtinian verworfen, der mit dürren Worten den nicht bezahlten Theil für zum Beſten des Schuldners erloſchen und hinfällig erklärt [10]). Nun iſt es aber eine anerkannte allgemeine Regel, daß niemand auf ein beneficium juris Anſpruch machen kann, als wenn er beweist, daß für ihn die Bedingungen deſſelben begründet ſind.

3) Die Ceſſion iſt an und für ſich keine Tilgungsart der Obligationen. Sie kann es zufällig werden, wenn eine Forderung gegen den Mündel böslicherweiſe an den Vormund, oder die Forderung eines Juden gegen einen Chriſten, argliſtig an einen Chriſten cedirt worden iſt [11]), oder wenn die Ceſſion nur ſimulirt iſt, um ſich unter dem Schein derſelben die verbotene Intervention eines mächtigen Mannes zu verſchaffen [12]), ſo wie theilweiſe endlich auch durch Ankauf der Forderung unter dem Werthe. Allein dieß ſind ſelten vorkommende Ausnahmen von der Regel, die nie vermuthet werden dürfen. Nicht ein Mal beim Ankauf von Forderungen iſt der Ankauf unter dem Werthe etwas häufiges. Wer irgend ein Wenig mit dem Verkehr bekannt iſt, weiß auch, daß eine ſolche Erkaufung der Ceſſion faſt niemals eine Speculation iſt, ſondern entweder geſchieht, weil man als

10) l. 23. §. 1 C. eod.

11) Nov. 72 c. 5; R. A. v. 1551, §. 79; R. P. O. v. 1577. Tit. 20, §. 4.

12) l. 1. 1. 2 C. ne liceat potentiori. (2, 14.) Geſterding, alte und neue Irrth. der Rechtsgelehrten, XII, 2, S. 437 f.

Bürge oder sonstiger Intercedent eine fremde Schuld hat bezahlen müssen, oder weil man als posterior creditor oder als Pfandbesitzer den Pfandverkauf abzuwenden wünscht, oder endlich, was noch der häufigste Fall ist, weil man an die Stelle eines sicher stehenden Creditors, der gerade Bezahlung verlangt, eintreten, und auf diese Weise sein Geld gut belegen will. In allen hier genannten Fällen pflegen die Creditoren so wenig Veranlassung als Neigung zu haben, sich etwas abdingen zu lassen, und ihre Forderung für ein Billiges zu cediren. Muß aber zugegeben werden, worüber wohl nicht füglich ein Streit seyn kann, daß die Cession ihrem Wesen nach nicht zu den Tilgungsarten der Forderungen gehöre, warum soll dann, müssen wir fragen, die nur im Französischen Recht zum Theil verkannte [13]), hingegen gemeinrechtlich auf den klarsten Aeußerungen der Gesetze beruhende, auch völlig unbestrittene und in der Natur der Sache gegründete Regel, daß die Fortdauer eines Rechts, dessen Entstehung einmal erwiesen oder anerkannt ist, angenommen wird, bis derjenige, gegen welchen man das Recht geltend macht, die sogenannte exceptio solutionis durchgeführt, d. h. einen bestimmten Grund der gänzlichen oder theilweisen Erlöschung angegeben und dargethan hat, hier nicht eingreifen? Fällt es doch niemanden ein, dem Cessionar den Beweis aufzubürden, daß er nicht Vormund des Schuldners sey, daß er nicht die Forderung von einem Juden erhalten habe, daß keine blos simulirte cessio in potentiorem Statt gefunden, und daß auch kein objectives Hinderniß der Cession, wie Litigiosität der Forderung, obwalte, obgleich auch diese Umstände, deren Beweis man stets dem Debitor überläßt, theils die Forderung vernichten, theils wenigstens die Cession derselben unwirksam machen können. Consequent dürfen wir daher auch in der bloßen Möglichkeit, daß eine Forderung unter dem Werthe angekauft seyn könnte,

13) Man vgl. darüber Mittermaier im Arch. f. civ. P. B. 16 Nro. 3

keine Berechtigung ſehen, aus der Ceſſion ein gänzliches oder theilweiſes Erlöſchen der Forderung zu folgern, bis das Gegentheil vom Ceſſionar erwieſen iſt, ſondern wir müſſen gerade umgekehrt, die Forderung trotz der Ceſſion als fortbeſtehend annehmen, ſo lange der Schuldner uns nicht von dem Erlöſchen derſelben juriſtiſch überzeugt hat. Zu demſelben Reſultate gelangen wir jedoch auch noch auf andere Weiſe, und dieß iſt ein hier ganz vorzüglich zu beachtender Punkt.

4) Man muß ſich wohl hüten, zweierlei mit einander zu verwechſeln, was ich als das materielle und formelle Klagfundament bezeichnen möchte, die wirkliche Exiſtenz und die äußere Begründung eines Rechts. Wem der Beweis eines Rechts obliegt, der hat nicht darzuthun, daß dieß Recht wirklich vorhanden ſey, ſondern er hat nur ſolche Thatſachen zu erweiſen, welche den Geſetzen zufolge regelmäßig die Wirkung haben, das behauptete Recht zu erzeugen. Wer freilich ſein Recht aus Thatſachen ableitet, die nur ausnahmsweiſe dieß Recht gewähren können, der muß außer dem Beweiſe jener Facta auch noch den führen, daß einer der beſonderen Fälle vorliege, in welchen das prätendirte Recht daraus hervorgeht [14]), wiewohl es ſelbſt hier genügt,

14) Daher muß, wer Pupillenſachen gekauft hat, wenn er auf dieſen Kauf die actio empti auf Tradition, oder nach verlorenem Beſitze die rei vindicatio oder die actio Publiciana gründet, neben dem gehörigen Abſchluß des Kaufcontracts überdieß beweiſen, daß hier ein Fall vorliege, wo die Veräußerung von Pupillenſachen zuläſſig geweſen ſey, weil dieſe nur ausnahmsweiſe erlaubt iſt, l. 13, §. 2. D. de Publ. in rem act. (6, 2.) Eben daher iſt bei Klagen aus Interceſſionen eines Frauenzimmers oder aus Gelddarlehnen an einen filius familias, außer der Interceſſion oder dem Darlehn auch noch eine, dem Kläger zur Seite ſtehende Ausnahme von den SCtis Velleianum oder Macedonianum darzuthun, weil hier wieder aus einem nicht regelmäßig, ſondern nur ausnahmsweiſe gültigen Factum geklagt wird, l. 5. C. de SCt. Maced. (4, 28.) Nov. 134, c. 8.

erſt in der Replik die Statt findende Ausnahme anzugeben. Aber wer ſich auf Thatſachen ſtützt, deren ordentliche, regelmäßige Wirkung die Hervorbringung des daraus hergeleiteten Rechts iſt, für den reicht es hin, blos dieſe Thatſachen zu beweiſen, obgleich es dabei ſehr wohl möglich iſt, daß das darauf gebaute Recht gar nicht exiſtirt, alſo der Klaggrund durch jenen Beweis nur formell hergeſtellt wird, während er materiell durchaus fehlt. Gerade hierauf beruht es nicht blos, daß ein Kläger nur den Urſprung, nicht aber auch die Fortdauer ſeines Rechts, die doch keineswegs mit Gewißheit aus der Entſtehung folgt, zu beweiſen hat, ſondern auch, daß wer ein Rechtsgeſchäft behauptet, welches nicht zu den nur ausnahmsweiſe erlaubten gehört, nichts weiter darzuthun braucht, als die Vornahme derjenigen Handlungen, die das fragliche Rechtsgeſchäft bilden, ſo wie den Inhalt, auf welchen es ihm gerade ankömmt. Dieſer Beweis giebt, abgeſehen noch von der Möglichkeit einer wieder eingetretenen Tilgung der Rechte aus dem Geſchäfte, nicht einmal die Gewißheit, daß überall wirklich Rechte aus dem Geſchäfte entſtanden ſind. Es können im concreten Fall Umſtände vorhanden geweſen ſeyn, welche die ordentliche Wirkung des Geſchäfts ausſchließen. Zu den allgemeinen Fehlern rechtlicher Geſchäfte, wie Zwang, Betrug, Irrthum und Simulation, Handlungsunfähigkeit der Perſonen, Mangel des ernſtlichen Willens, Untauglichkeit der zugezogenen Solennitätszeugen, Unſtatthaftigkeit des Gegenſtandes und Inhalts [15]) u. ſ. w. geſellen ſich auch noch faſt bei allen Rechtsgeſchäften einige einzeln ſtehende poſitive Ausnahmen von der

15) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß hier bei Unſtatthaftigkeit des Gegenſtandes und Inhalts nicht der Fall gemeint iſt, wenn ein Geſchäft an ſich zu den reprobirten gehört, ſondern der, wenn ein im Allgemeinen erlaubtes Geſchäft, welches gewöhnlich etwas Zuläſſiges betrifft, ausnahmsweiſe ein Mal etwas Unerlaubtes bezweckt.

Gültigkeit. So lange nun die Möglichkeit ſolcher Fehler und ſolcher Ausnahmen von der Regel bleibt, kann man nicht ſagen, daß der Beweis der Vornahme eines Rechtsgeſchäfts die Gewißheit eines Rechts gebe; denn ſind dergleichen Fehler und Ausnahmen da, ſo iſt das ſonſt aus dem Geſchäft fließende Recht nur ſcheinbar, nicht wirklich vorhanden. Und dennoch ſind die Geſetze mit dem Beweiſe eines ſolchen formellen, möglicherweiſe unkräftigen Fundaments des Rechts zufrieden, indem Fehler und Ausnahmen zum Gegenbeweiſe gehören [16]).

Dieß ſind ſehr bekannte Dinge, wird man ſagen, worüber niemand ſtreitet. Ganz wahr! nur begegnet es zuweilen auch den ausgezeichnetſten Juriſten, in der wirklichen Anwendung dieſe Grundſätze zu verkennen. Iſt es doch eine ſehr gewöhnliche Behauptung, daß bei gemeinſchaftlichen Schuldverſchreibungen von Eheleuten der Creditor, um die Frau auch nur auf einen verhältnißmäßigen Theil belangen zu können, die versio in rem mulieris beweiſen müſſe, blos weil eine Interceſſion der Frau zu Grunde liegen könnte; während doch eine gemeinſchaftliche Schuldverſchreibung ein Factum iſt, welches ſeiner Natur nach nicht die Annahme einer Interceſſion, ſondern einer gemeinſchaftlichen Schuld begründet, und deßhalb auch ſo lange demgemäß behandelt werden muß, bis das Gegentheil conſtirt [17]). Exempla sunt odiosa, aber eines führe ich noch um ſo lieber an, weil es gerade einen unſerer erſten Proceſſualiſten betrifft, deſſen wohlverdienter Ruf auch zu feſt begründet iſt, als daß er durch eine kleine Rüge

16) l. 5. §. 1. D. de probat. (22, 3.) l. 30. D. de V. O. (45, 1.)

17) Die Nov. 134 c. 8. und die Auth. Si qua mulier C. de SCt. Vellej. (4, 29.) ſtehen dem Geſagten nicht entgegen, da ſie nur Beſtimmungen über die intercedendi causa von der Frau geſchehene Mitunterſchrift einer Schuldverſchreibung des Mannes enthalten, aber keineswegs die Präſumtion aufſtellen, daß jede gemeinſchaftliche Schuldverſchreibung von Eheleuten im Zweifel als eine Interceſſion der Frau anzuſehen ſey.

leiden könnte. Mittermaier ſchiebt bei der nominatio auctoris dem, den Grund derſelben leugnenden, Kläger den Beweis zu, daß der Beklagte in eigenem Namen beſitze oder in eigenem Namen contrahirt habe [18]), was aus zwiefachem Grunde falſch iſt. Einestheils wird dabei vorausgeſetzt, daß die laudatio auctoris weiter nichts erfordere, als die bloße Nennung des angeblichen juriſtiſchen Beſitzers oder Mandanten, eine Vorausſetzung, die ſchon Linde [19]) widerlegt hat; anderntheils wird dadurch dem Kläger zu beweiſen auferlegt, wie ihm keine Ausnahme von der Regel entgegenſtehe. Denn die Regel iſt, daß ein Vertrag denjenigen obligire, der ihn geſchloſſen hat, auch wenn dieß mandatario nomine geſchehen iſt [20]), und es gehört daher zu den ſingulären Ausnahmen, daß man im letzteren Fall nicht weiter haftet, wenn man ſich nicht blos bei Abſchließung des Contracts als Mandatar zu erkennen gegeben hat, ſondern auch bereits die aufgetragene Geſchäftsführung beendigt iſt [21]). Der andere, den Mandatar belangende Contrahent hat demnach, ſobald nur der Abſchluß des Contracts mit dem Beklagten feſtſteht, ein Factum für ſich, deſſen regelmäßige Wirkung iſt, den Beklagten zu obligiren, folglich ihn zum rechten Beklagten zu ſtempeln, weßhalb denn letzterer unzweifelhaft die für ihn eintretende Ausnahme von der Verantwortlichkeit des Mandatars aus dem im Auftrage eines Dritten geſchloſſenen Vertrage, zu erweiſen hat. Auf ähnliche Weiſe verhält es ſich beim detentor alieno nomine. Da es ein allgemeines Recht iſt, die Vindication gegen den richten zu können, der die vindicirte Sache in Händen hat, er mag possessor oder

18) Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auctors im Archiv für civ. Praxis. B. 3. Nro. 24, beſonders S. 416. a. E.

19) Abh. aus dem Civilproceß. Bonn 1823, Nro. 4.

20) l. 13 C. si certum petatur (4, 2.) l. 1 §. 17 D. de exerc. act. (14, 1.) l. 6 D. de instit. act. (14, 3.)

21) l. ult. D. eod. l. 4 pr. D. de re jud. (42, 1.) l. 67. D. de procur. (3, 3.)

detentor ſeyn [22]), ſo hat auch wieder, wenn der körperliche Beſitz des Beklagten anerkannt iſt, der Kläger ein Factum für ſich, welches ihm in der Regel die Befugniß gewährt, den Inhaber der Sache als den rechten Beklagten zu behandeln, und ihm muß daher dieß Recht verbleiben, bis der Beklagte nicht nur ſeine bloße detentio alieno nomine beweist, ſondern auch ſeinen Auctor ſiſtirt, weil es nur eine beſondere Ausnahme von den hier geltenden Bedingungen der legitimatio ad causam passiva iſt, daß er ſich dadurch dem Proceſſe entziehen kann [23]).

Eine ähnliche, aber meiſtens überſehene Bewandtniß hat es in der That mit der Berufung auf die lex Anastasiana. Die Entwickelung dieſes Satzes führt indeſſen auf die Gründe für die gemeine Meinung, zu deren Prüfung wir uns daher jetzt wenden müſſen. Die Vertheidiger der gemeinen Meinung ſtimmen nicht ganz mit einander überein, indem die einen ihre Anſicht mehr aus dem vermeintlichen Weſen des Verhältniſſes ableiten, die anderen dagegen ſich mehr auf den angeblichen poſitiven Willen von Anaſtaſius berufen. Die letzteren [24]) beziehen ſich auf die von Anaſtaſius gebrauchten Worte:

„ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem *usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur*, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit rel.“ [25])

Indeſſen lauten dieſe Worte viel zu unbeſtimmt, um entſcheiden zu können. Man braucht darin nichts weiter zu finden, als den Satz, daß der Ceſſionar nicht mehr vom

22) l. 9 D. de rei vind. (6, 1.)
23) l. 2 C. ubi in rem actio (3, 19) cap. 5. X. ut lite non contest. (2, 6.)
24) Man vergl. z. B. Struben a. a. Orten.
25) l. 22 C. mandati (4, 35).

Schuldner fordern könne, als er für die Cession bezahlt habe. Wer aber den Beweis führen müsse, wenn die Frage entsteht, wie viel denn gezahlt sey, darüber wird hier nichts gesagt. Die Redensart: es werde dem Cessionar nur erlaubt, auf den Betrag des bezahlten Geldes zu klagen, »actiones exercere«, kann unmöglich als eine deutliche Entscheidung der Frage zum Nachtheile des Cessionars gelten. Auch von dem Creditor, dessen Forderung ganz oder zum Theil durch Compensation, Zahlung, Acceptilation, Confusion ꝛc. erloschen ist, heißt es oftmals: er habe keine Klage, oder: er habe nur eine Klage auf den Rest [26]). Dennoch ist nichts gewisser, als daß, wenn der Creditor die erloschene Forderung einklagt, und deren Entstehung beweist, etwa durch Producirung des zufällig in seinen Händen gebliebenen Schuldscheins, der Beklagte die eingetretene Tilgung darthun, oder die eingeklagte Forderung bezahlen muß. Entweder also muß man auch in den Stellen, welche die eben erwähnten Aeußerungen enthalten, eine Umstoßung der anerkannten Grundsätze über den Beweis der exceptio solutionis sehen, oder man darf die um nichts bestimmteren Worte von Anastasius ebenfalls nicht schrauben und nichts hineinlegen, was sie nicht mit Nothwendigkeit enthalten, zumal wenn man ihnen dadurch einen Sinn giebt, nach welchem sie ein höchst verwerfliches jus singulare begründen würden.

Nicht ganz so leicht ist mit denjenigen fertig zu werden, welche nicht sowohl aus den Worten, als dem Wesen und Zweck der Lex Anastasiana argumentiren, wiewohl auch bei ihnen nur ein Trugschluß zu Grunde liegt. Sie schließen im Allgemeinen so: Da der Kläger die Rechte zu erweisen hat, welche sein Klagfundament bilden, so muß ein Cessionar 1) die Entstehung der cedirten Forderung und 2) sein Recht, dieselbe geltend zu machen, darthun. Zu dem letzteren Be-

26) Man vergl. z. B. l. 4. l. 21 D. de compens. (16, 2.) l. 75. l. 76. l. 89 pr. D. de solut. (46, 3.)

weis kann aber nicht der Beweis des bloßen Factums genügen, daß die Forderung ganz cedirt worden ſey, weil nach der Lex Anastasiana die venditio nominis die cedirte Forderung nur bis zum Belauf des gezahlten Preiſes überträgt, und das Klagrecht des Ceſſionars nicht auf mehr gehen kann, als das auf ihn übergegangene Recht ſelbſt, welches er durch die Klage verfolgt. Es muß daher der Ceſſionar, um die Ceſſion in ihrem vollen Umfange geltend zu machen, außerdem noch beweiſen, entweder daß die Ceſſion nicht erkauft, oder daß wirklich der ganze eingeklagte Betrag der Forderung dafür bezahlt iſt, und er kann deßhalb auch der Angabe des Ceſſionsgrundes ausweichen, ſofern dieſer nicht ſchon im Ceſſionsinſtrument ausgedrückt iſt [27]).

---

27) Sehr bündig ſind auch dieſe Gründe in folgender kurzen Darſtellung eines Anhängers der gegentheiligen Meinung entwickelt, wo er ſagt: Es giebt Mehrere, welche mit Weber behaupten, von Seiten des debitoris cessi ſey zu beweiſen, daß der Ceſſionar nicht ſo viel Kaufpreis gegeben habe, als er jetzt einklage, indem es ja Regel ſey, daß der Beklagte, wenn er eine exceptio vorſchütze, die Wahrheit derſelben zu beweiſen habe. Allein Weber wendet hier dieß Princip ganz verkehrt an; denn nach l. 22. l. 23 C. mandati überträgt die venditio nominis das jus cessum nicht weiter auf den Ceſſionar, als bis auf die Größe des von dem Letzteren bezahlten pretii. Weiter wie der Grund eines Rechts kann auch das Klagrecht nicht reichen. Behauptet nun der Ceſſionar, er könne vom debitor cessus die ganze Summe fordern, worauf die Schuldurkunde laute, ſo liegt darin implicite die Behauptung, daß er jene ganze Summe bezahlt habe, und dieſe Behauptung muß er, weil ſie Theil des fundamenti agendi iſt, eben deßwegen beweiſen. Verlangt dieß nun der Beklagte, ſo liegt darin keine exceptio, ſondern nur die Bemerkung, der Kläger ſolle alle ad fundandam actionem gehörigen Thatumſtände gehörig angeben und dann gehörig beweiſen. Einen Mittelweg hat neulich Mühlenbruch verſucht. Er giebt nämlich zu, daß dem Ceſſionar die Beweislaſt obliege, behauptet aber, der Beweis ſey geführt, wenn er darthue, daß er dem Cedens ſo viel geboten habe, als er jetzt

Wie ſcheinbar treffend aber auch dieß Raiſonnement auf den erſten Blick ſich darſtellen mag, ſo gebricht es ihm doch an innerer Wahrheit. Das Täuſchende liegt in der auch von Mühlenbruch [28]) bemerkten, aber wohl nicht genügend beſeitigten Vermengung des materiellen und formellen Klagfundaments, indem man hier die Nachweiſung der wirklichen Exiſtenz des eingeklagten Rechts begehrt, und die Klage nicht weiter zulaſſen will, als der materielle Grund dieſes Rechts reicht, während ſonſt nur eine formelle Begründung der Klage nöthig iſt, d. h. nur der Beweis ſolcher Facta, welche geſetzlich als der regelmäßige Entſtehungsgrund des verfolgten Rechts gelten. Wer dieß beachtet, dem kann, dünkt mich, die Unhaltbarkeit der hier beſtrittenen Theorie nicht entgehen. Zur formellen Begründung des Klagrechts des Ceſſionars kann nur gezählt werden, 1) der Beweis der Entſtehung der cedirten Forderung, wenn dieſe geleugnet wird, 2) der Beweis, daß der Cedent dieſe Forderung ganz oder doch ſo weit, als der Ceſſionar ſie einklagt, cedirt habe, was in der Regel durch Vorlegung eines Ceſſionsinſtruments wird dargethan werden können. Hingegen die Frage, ob nicht etwa die Ceſſion für weniger als den Betrag der Forderung verkauft, und ob daher die Forderung nicht bei Gelegenheit der Ceſſion zum Theil erloſchen ſey, dieſe Frage geht nur das materielle Recht an. Sie betrifft einen möglichen inneren Mangel der Ceſſion, wodurch deren Wirkung beſchränkt werden kann, der aber, eben weil es nur ein innerer, und überdieß nicht ein Mal ein häufiger Fehler iſt, nicht präſumirt werden darf, ſo wenig als Zwang, Betrug und Irrthum, zumal da es nach den Begriffen von Anaſtaſius wirklich als ein Betrug gegen den Schuldner gelten muß,

---

vom debitor cessus fordere. Allein bei dieſer Idee iſt überſehen, daß die obigen Geſetze ein wirkliches dedisse verlangen."

28) An dem in Note 3 angeführten Orte.

wenn ein Ceſſionar ſich die Forderung den Worten nach vollſtändig hat cediren laſſen, auch dieſelbe vollſtändig einklagt, während weniger dafür bezahlt iſt. Läge es dem Ceſſionar ob, dem Verdachte des von Anaſtaſius für widerrechtlich erklärten Ankaufs der Forderung unter dem Werthe zu begegnen, und den Beweis zu führen, daß ſein formell durch das Ceſſionsinſtrument beglaubigter Anſpruch an keiner materiellen Widerrechtlichkeit leide, ſo müßte er auch nicht weniger zu beweiſen verbunden ſeyn, wie keine Litigioſität der Forderung, keine Vormundſchaft über den Schuldner u. dgl. m. der Ceſſion im Wege geſtanden habe. Ja es müßte dann auch, um allen mit gleichem Maaße zu meſſen, dem Kläger auf Rückgabe geliehener, deponirter oder verpfändeter Sachen, der eine klare Verſchreibung des Beklagten für ſich hätte, doch noch der Beweis auferlegt werden, wirklich ſo viel hingegeben zu haben, als er zurückfordere. Da nämlich die Realcontracte nur in ſo weit, als gegeben iſt, obligiren, und ein Klagrecht nicht weiter ſoll reichen können, als der Grund des Anſpruchs, ſo müßte der Kläger nothwendig auch noch die Uebereinſtimmung ſeiner Klage mit dem Grunde ſeiner Forderung feſtſtellen, und wir kämen ſo unerwartet zu dem Reſultat, daß die ſogenannte exceptio non numeratae pecuniae nicht auf ſingulären Beſtimmungen fürs Darlehn, ſondern auf dem allgemeinen Weſen der Realcontracte beruhe. Selbſt aber der Darleiher, der eine durch zweijähriges Alter gegen die exceptio non numeratae pecuniae geſicherte Schuldverſchreibung beſäße, wäre noch nicht aller Beweisführung überhoben, ſondern hätte noch darzuthun, daß nicht zum Zweck des Spiels geliehen ſey, weil ein geſetzlich verworfenes Darlehn, wenn man ein Mal auf das materielle Recht Rückſicht nimmt, keinzgenügendes Klagfundament abgeben kann.

Man wende nicht ein, daß in den hier erwähnten Fällen der Beweis des Klägers, ja gerade in der von ihm producirten Verſchreibung des Schuldners liege. Ich bin damit völlig einverſtanden; nur meine ich, daß der Ceſſionar, der die

Ceſſion durch ein Ceſſionsinſtrument oder auf andere Weiſe nachgewieſen, einen eben ſo bündigen und wirkſamen Beweis für ſich hat. Daß in jenen Fällen das Beweismittel vom Beklagten ſelbſt herrührt, in dieſem hingegen von einem Dritten, dem Cedenten, kann rechtlich keinen Unterſchied machen, da die Ceſſion von der Einwilligung des Schuldners unabhängig iſt [29]), alſo hier nicht das Zugeſtändniß des Schuldners, ſondern allein der Wille des Cedenten, ſeine Forderung auf den Ceſſionar übergehen zu laſſen, als die Thatſache betrachtet werden muß, welche das Recht des Ceſſionars formell begründet.

Zum Wenigſten müßte man demnach Mühlenbruch darin beipflichten, daß es genug ſey, wenn vom Ceſſionar bewieſen werde, daß der von ihm verſprochene Kaufpreis dem Betrage der Forderung, oder doch dem von ihm eingeklagten Theil derſelben gleich ſey. Was dem entgegengeſetzt worden iſt, daß Anaſtaſius ein wirkliches dedisse verlange [30]), geht offenbar zu weit. Denn das kann wohl ſchwerlich im Ernſte geleugnet werden, daß eine Forderung auch gültig auf den Credit verkauft werden könne, und daß alsdann der Ceſſionar mit der Einziehung der Forderung nicht gerade zu warten brauche, bis er ſelbſt den Cedenten befriedigt habe, obgleich es vorher auch an einem dedisse von ſeiner Seite fehlte. Auf das reale dare kann auf keinen Fall etwas ankommen, ſondern höchſtens auf den Betrag der ernſtlich gemeinten Kaufſumme, bei dem zwiſchen dem Cedenten und dem Ceſſionar abgeſchloſſenen Contract, mag dieſe übrigens ſchon entrichtet ſeyn oder nicht.

Allein ſelbſt auf dieſe vermittelnde Meinung dürfen wir uns nicht beſchränken. Sie hängt auch noch mit der petitio principii zuſammen, daß ein Ceſſionar durchaus verbunden

29) l. 1. C. de novat. (8, 42.) l. 3 C. de hered. vel act. vend. (4, 39).

30) Man vergl. Note 27.

ſey, den Ceſſionsgrund anzugeben. Man geht überhaupt gewöhnlich in dem Verlangen der Nachweiſung, wie ein Recht erworben ſey, zu weit. Wenn von der erſten Entſtehung eines Rechts die Rede iſt, läßt ſich allerdings die Frage nach dem Entſtehungsgrunde gar nicht vermeiden, weil die Art des Rechts ſelbſt, ſo wie die darauf zu gründende Klage vom Entſtehungsgrunde abhängt. Anders verhält es ſich aber bei der bloßen Uebertragung eines Rechts von einem auf den anderen, wie die Veräußerung des Eigenthums und die Ceſſion einer Forderung. Iſt es ein Recht des Eigenthümers, ſein Eigenthum zu veräußern, und iſt der animus dominii transferendi die wahre justa causa des Uebergangs des Eigenthums bei der Tradition, wie Donellus[31]) und Warnkönig[32]) gegen Paulus[33]), der nur durch ein unglückliches Generaliſiren verleitet worden iſt, gewöhnlich Statt findende Traditionsgründe gleich zu unbedingten Erforderniſſen zu erheben, überzeugend bewieſen haben, ſo ſieht man die rechtliche Nothwendigkeit nicht ein, warum der Beweis der Uebertragung des Eigenthums, ſofern nur das dominium auctoris feſtſteht, im Verhältniß zu Dritten kein hinreichender Eigenthumsbeweis ſeyn ſollte, auch wenn der Grund der Uebertragung nicht angegeben wird. Denken läßt ſich ja ein ſolcher Beweis ſehr leicht, z. B. wenn die Tradition dargethan, und zugleich eine ſchriftliche Erklärung des Tradenten beigebracht wird, daß er animo dominii transferendi die Sache übergeben habe. Mag dann, wer die Veräußerung nicht anfechten oder anerkennen will, (etwa als eine unerlaubte Schenkung,) den Beweis führen, daß die Veräußerung aus dieſem oder jenem Grunde geſchehen ſey; ein Recht darum von dem Erwerber zu verlangen, daß er ſelbſt den Grund der Eigenthumsübertragung namhaft mache, iſt aus den Geſetzen nicht zu deduciren, und iſt über-

31) Comm. ad Cod. ad leg. 6 C. si quis alteri vel sibi (4, 50.)
32) Im Archiv für civ. Praxis Bd. 6 Nro. 4.
33) l. 31 D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

haupt um ſo weniger anzunehmen, je leichter ſich ein ſolches Recht durch Simulation irgend eines Uebertragungstitels eludiren ließe, ſobald man ein Intereſſe hätte, den wahren Titel zu verbergen. Vielleicht möchte es damit ſogar in Verbindung ſtehen, daß man ohne Angabe des Erwerbsgrundes, non adjecta causa, vindiciren darf [34]). Man verſteht dieſe Beſtimmung im Allgemeinen ſo, daß nur in der Klage der Erwerbstitel ausgelaſſen werden könne, während er in der Beweisinſtanz allerdings zum Vorſchein kommen müſſe, und dieß iſt auch wohl richtig. Indeſſen wird dadurch nicht erklärt, zu welchem Zweck eigentlich dem Kläger eine ſolche Friſt bewilligt ſey, ſich auf ſeinen rechten Erwerbstitel zu beſinnen; wogegen man den Urſprung des Satzes ſehr leicht begreift, wenn es geſtattet iſt, den Erwerbsgrund ganz zu verſchweigen, auch noch beim Beweiſe des Eigenthums, wie dieß beim Erwerbe durch Tradition möglich iſt; auch ſtellt Celſus ausdrücklich die Uebergabe des Eigenthums ſchlechthin, im Gegenſatz gegen andere Eigenthumserwerbungen, als zuläſſiges Fundament der Vindication dar, ohne dabei einer zugleich anzugebenden causa traditionis zu erwähnen [35]). Bekanntlich iſt auch die Uebergabe zum Zwecke der Eigenthumsübertragung ſelbſt dann wirkſam, wenn der Empfänger über den Grund oder Zweck der Tradition irrt [36]), oder wenn die vorausgeſetzte Verbindlichkeit zum Tradiren nichtig iſt [37]), oder gar nicht exi-

---

34) l. 14 §. 2. D. de exc. rei jud. (44, 2.) cap. 3 de sent. et re jud. in VIto. (2, 14.)

35) l. 11 §. 1. und 2. D. eod. „Denique et Celsus scribit: si hominem petiero quem ob eam rem meum esse putavi, quod mihi traditus ab alio est, quum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem *(rei judicatae)*. *Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit*, si postea eum alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione.

36) l. 36 D. de adq. rer. dom. (41, 1.)

37) l. 8 D. de cond. ob turp. caus. (12, 5.) l. 5 pr. D. de cond.

ſtirt [38]), wo es alſo an einem wirklichen rechtlichen Titel durchaus fehlt, und nur der Wille des Tradenten, ſein Eigenthum zu übertragen, den Uebergang bewirken kann [39]). Sobald aber dieſer Wille ohne weiteren rechtsgültigen Titel entſcheidet, kann auch bei der Vindication die Nachweiſung eines Titels unmöglich etwas in jedem Fall Weſentliches ſeyn, ſondern muß die erwieſene Abſicht des früheren Eigenthümers, durch die Tradition ſein Eigenthum zu übertragen, als genügender Eigenthumsbeweis betrachtet werden [40]).

Was hier von der Tradition geſagt worden, das leidet nun auch ſeine vollkommene Anwendung auf die Ceſſion. Eben ſo unentbehrlich als die Nachweiſung der urſprünglichen causa debendi bei den actiones in personam iſt, weil dadurch das genus actionis beſtimmt wird [41]), eben ſo überflüſſig iſt dagegen die Angabe der causa cessionis, indem es eine Sache der Willkühr für einen Creditor iſt, ſeine Forderung zu cediren, die nicht mehr des Conſenſes eines Dritten bedarf, als die Veräußerung des Eigenthums, auch die Ceſſion ohne alle Rückſicht auf ihre Veranlaſſung eines gehörigen juriſtiſchen Beweiſes fähig iſt. Das Gegentheil aus der Lex Anastasiana

---

sine causa (12, 7.) l. 7 pr. D. de dolo (4, 3.) vergl. mit l. 4. l. 7 C. de his qui a non dom. (7, 10.)

38) Darauf beruht die ganze Lehre von der condictio indebiti.

39) Zwar findet in den genannten Fällen eine perſönliche Verbindlichkeit zur Rückgabe Statt; allein ſo lange dieſe nicht erfolgt iſt, iſt der Empfänger der wahre Eigenthümer, der im Fall des verlornen Beſitzes von jedem vindiciren kann.

40) Anſcheinend könnte man wider das im Text Geſagte anführen, daß als Fundament der actio Publiciana die traditio *ex justa causa* angegeben wird l. 1 pr. D. de Publ. act. (6, 2.) Ich würde davon allerdings einen Schluß auf die rei vindicatio anerkennen; allein der ganze Schein verſchwindet, ſobald wir wiſſen, was Warnkönig a. a. O. gezeigt hat, daß *traditio ex justa causa* weiter nichts auszudrücken braucht, als Uebergabe zum Zweck der Eigenthumsübertragung.

41) l. 14 §. 2. D. de except. rei jud. (44, 2.)

folgern, hieße das Beweisthema zum Beweismittel erheben; denn das ist ja eben die Frage, ob das durch dieses Gesetz dem debitor cessus gewährte beneficium juris denselben sogar berechtige, vom Cessionar den Beweis der Nichtanwendbarkeit dieser Rechtswohlthat zu begehren. Vielmehr läßt sich aus der Lex Anastasiana ein Argument für unsere Ansicht hernehmen, da gerade diese Verordnung in den Worten „licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit“ uns zeigt, wie wenigstens die Aufführung eines Cessionsgrundes im Cessionsinstrument etwas Zufälliges sey, was auch wegbeiben kann. Hierzu kommt nun noch die Art und Weise, wie die Cession bei den Römern geschahe. Dieselbe unterschied sich ja formell gar nicht von der Bestellung eines gewöhnlichen cognitor oder procurator ad agendum [42]), und man brauchte nicht ein Mal die Nebenbestimmung, daß der Bevollmächtigte in rem suam ernannt sey, um das Object der Schuld für sich zu behalten, dem Debitor anzuzeigen. Der Cessionar hatte zwar ein Interesse, dem Schuldner schleunigst die geschehene Cession zu denuncieren; aber von einer Verbindlichkeit dazu ist nirgends die Rede. Noch weniger kommt etwas davon vor, daß bei einem Mandat Andern auf ihr Verlangen angegeben werden müßte, weßhalb das Mandat ertheilt sey. Auch bei der gerichtlichen Procuraturbestellung findet sich eine solche Verpflichtung nicht. Wenn der Gegner etwas gegen einen Procurator einzuwenden hat, dann kann er seine exceptiones procuratorias vorbringen [43]), allein von einem Recht desselben, außer der Vollmacht des Procurators auch noch eine Ausweisung über den Grund dieser Bevollmächtigung zu ver-

---

42) Pauli sent. rec. I. 2. §. 3. und I. 3 pr.; l. 7. §. 1. C. Th. de cognitor. (2, 12.) Gajus IV. §. 83.; §. 1. J. de iis per quos ag. poss. (4, 10.) Daher wird ja auch die Cession in den Quellen gewöhnlich nur ein mandatum actionis genannt, und der Cessionar immer als procurator in rem suam bezeichnet.

43) §. 10. J. de except. (4, 13.)

langen, davon möchte ſchwerlich eine Spur in unſeren Quellen zu entdecken ſeyn, und an jene Grundſätze über die Procuraturbeſtellung müſſen wir uns ſo lange halten, bis bündig erwieſen wird, daß die im Allgemeinen nach der Theorie des Mandats behandelte Ceſſion in dieſer Beziehung eine eigenthümliche Natur erhalten habe. Bis dahin müſſen wir die Berufung auf die Lex Anastasiana als eine ſimple exceptio procuratoria behandeln.

Demzufolge iſt die entweder in einem Ceſſionsinſtrument, was nach römiſchen Begriffen weiter nichts heißt, als ein ſchriftliches mandatum in rem suam, oder auf andere bündige Weiſe ausgeſtellte Erklärung eines Creditors ſeine Forderung einem andern überlaſſen zu haben, an und für ſich ſchon eine Thatſache, welche den Ceſſionar vollkommen ad causam legitimirt, bis der Gegenbeweis geführt iſt. Ob dabei ein Ceſſionsgrund, und im Fall des Kaufs auch die Kaufſumme namhaft gemacht iſt, oder nicht, das iſt einerlei. Solche Angaben ſind ganz überflüſſige Dinge, welche nach der Regel „superflua in jure non nocent“ nicht weiter in Betracht kommen, und daher auch keine Beweislaſt auf Seiten des Ceſſionars erzeugen können. Der Schuldner mag, wenn er kann, befriedigend darlegen, wie der Ceſſionar die Ceſſion erlangt habe, und dadurch den Ceſſionar nöthigen, entweder den wider ihn erwieſenen Ceſſionsgrund mit ſeinen Folgen gelten zu laſſen, oder den Beklagten eines Irrthums zu überführen; ſo lange aber jenes nicht geſchehen iſt, muß die mit oder ohne Angabe des Grundes erweislich erklärte Ceſſion als in jeder Beziehung wahr gelten, und das Klagrecht des Ceſſionars formell begründen, weil es ein Recht jedes Creditors iſt, Procuratoren zu ihrem eigenen Beſten (Ceſſionarien), oder zu ſeinem Beſten zu ernennen, und weil ihm kein Geſetz gebietet, dem Schuldner Auskunft über die Veranlaſſung einer ſolchen Procuraturbeſtellung zu ertheilen, als wenn er von demſelben als Zeuge aufgerufen wird, was eine Beweisführung des Schuldners vorausſetzt.

Hierdurch ist nun auch die obige (Note 27) vorkommende Bemerkung beseitigt, daß der Cessionar, der die Forderung gekauft habe, implicite behaupte, so viel dafür bezahlt zu haben, als er einklage. Der Cessionar braucht in dieser Beziehung gar nichts zu behaupten, weder implicite noch explicite, sondern kann sich lediglich auf die geschehene Cession stützen, und den Cessionsgrund auf sich beruhen lassen. Aber wenn er auch wirklich behauptet, die eingeklagte Summe bezahlt zu haben, so verpflichtet ihn dieß dennoch nicht zum Beweise, indem er in dem erwiesenen Factum der Cession ein formell genügendes Klagfundament besitzt, wozu sich jene Behauptung nur als ein unwesentliches Superfluum verhält, dessen Beweis, wie alle Processualisten einstimmig lehren, kein Richter auflegen darf, um nicht die Rechte von gleichgültigen Dingen abhängig zu machen.

So steht es, wenn die Cession wirklich Statt gefunden hat. Bekanntlich aber kann, wer aus irgend einem Grunde ein Recht auf Cession einer Forderung erlangt hat, sich auch durch den Beweis seines Anspruchs auf Cession, ohne daß diese selbst geschehen zu seyn braucht, gegen den Schuldner ad causam legitimiren, wobei dann, weil dieß eine erst von Antoninus Pius eingeführte Ausdehnung der Grundsätze von der Cession ist, gesagt wird, daß man nicht actione directa, sondern utili klage [44]). Hier liegt es nun in der Natur der Sache, daß ein solches Recht auf Cession nicht ohne die causa debendi, den Grund dieses Rechts, erwiesen werden kann, so wenig wenn man gegen den Schuldner auf Bezahlung klagt, als wenn man gegen den Creditor selbst, auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit zur Cession, Klage erheben wollte, und hier muß folglich der Kläger nachweisen, weßhalb ihm dann die fremde Forderung cedirt werden

44) l. 16 pr. D. de pact. (2, 14.) l. 4 C. si cert. pet. (4, 2.) l. 2 C. per quas pers. (4, 27.) l. 5, 7, 8, 9 C. de her. vel act. vend. (4, 39.) l. 5 C. quando fiscus vel priv. (5, 15.) l. 18 C. de legat. (6, 37.)

müßte. Im Fall des Ankaufs der Forderung leidet es auch keinen Zweifel, daß die Größe der Kaufſumme als ein weſentlicher Beſtandtheil des Contracts anzugeben und darzuthun iſt; vielmehr müſſen, da ein Kauf erſt ein Klagrecht giebt, wenn der Käufer bezahlt oder Credit erhalten hat, auch dieſe Umſtände vom Kläger bewieſen werden [45]). Nur darf man davon keinen Schluß auf den Fall machen, wo die Ceſſion wirklich geſchehen iſt, weil dieſe dann den Ceſſionsgrund in den Hintergrund ſtellt, und allein ſchon den Ceſſionar rechtlich befähigt, den Schuldner mit Erfolg zu belangen.

IX.

Ueber Provocationen zur Erhebung einer dinglichen Klage.

Von Francke.

Es iſt ausgemacht, daß das Römiſche Recht, welches den Provocationsproceß überhaupt nicht kennt, uns in dieſer Lehre keine Auskunft gewährt. Aber auch die Reichsgeſetze ſprechen wenigſtens nicht ausdrücklich von einer Provocation zur Erhebung einer Vindicationsklage. Es ließe ſich ſelbſt bezweifeln, ob es überhaupt nach dem Sinn der Reichsgeſetze eine ſolche Provocation gibt. Denn dieſe erlauben uns nur, „in friedbrüchigen, Schmach- und andern dergleichen Sachen" denjenigen, der uns diffamirt hat, d. h. welcher

45) Es iſt hierbei vielleicht nicht überflüſſig zu bemerken, daß der Ankauf einer Forderung an ſich noch nicht als die Ceſſion derſelben gilt, ſondern nur ein Recht darauf giebt, vermöge deſſen man jedoch auch actione utili gegen den Schuldner klagen kann. l. 2 C. de Obl. et Act. (4, 10.) l 7. l 8 l. 9 C de her. vel act. vend (4, 39.)